

ANNA MARIA GIOMARO

AGERE PER SPONSIONEM:
DAL PROCEDIMENTO INTERDITTALE
AL PROCEDIMENTO IN REM

SOMMARIO: 1. Affinità fra l'agere interdittale e l'agere *in rem*. — 2. Agere *in rem per formulam petitoriam* e agere interdittale *per formulam arbitriam*. — 3. Agere *in rem per sponsionem* e agere interdittale *per sponsionem*. — 4. *Sponsio* e *restipulatio*: il valore della *restipulatio*. — 5. L'agere *per sponsionem ex interdictis* in rapporto all'agere *per sacramentum*. — 6. Gai. 4,165. — 7. *Interdicta simplicia* e *interdicta duplicia*. — 8. La *sponsio* penale (*ex interdictis*) e la *sponsio praeiudicialis (in rem)*. — 9. Dall'agere *per sponsionem ex interdictis* all'agere *in rem*.

1. È del tutto evidente la stretta correlazione che esiste fra la descrizione del rito previsto ai passi 4,91 - 99 di Gaio, propriamente dedicati all'obbligo di *satisfare* nel processo *in rem*, e i passi che lo stesso Gaio dedica alla procedura conseguente all'inottemperanza al decreto interdittale, Gai. 4, 161 - 170.

Nell'un caso il giurista, con chiare espressioni che denotano dell'attualità della disciplina nel II sec. d.C., distingue il rito dell'*actio in rem* secondo due distinte procedure, l'una *per formulam petitoriam* e la seconda *per sponsionem*; nel secondo caso similmente, a proposito degli interdetti, Gai. 4,141 riferisce che, quando non sia adempiuto *quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit*, si apre un giudizio *editis formulis* avanti il giudice o i *recuperatores, et modo cum poena agitur modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsionem agitur; sine poena, veluti cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur*. Anche in questo caso il rito è duplice, o *per formulam* o *per sponsionem*.

È opportuno subito rilevare come alla base di tale simiglianza di regolamentazione (nonché di trattazione) possa anche addursi una circostanza singolare, che può aver avuto nel mondo antico particolare rilevanza: l'affinità fra le due situazioni risulta ancor più concreta allorché si ponga mente come oggetto della lite sia in ogni caso la *res*, considerando il fatto che interdetti restitutori e interdetti esibitori (quelli, appunto, per i quali è documentata l'alternativa) devono per loro natura avere ad oggetto delle *res*, pur

intendendo queste ultime nel loro significato più lato, e pur non trascurando la trasformazione di valenza del termine *restituere* (almeno per quanto riguarda gli interdetti restitutori) dal suo significato originario: infatti ciò che deve essere restituito, ciò che deve essere esibito è comunque una *res*.

In un certo senso analogo discorso può poi esser fatto allo stesso modo per quanto riguarda gli interdetti proibitori: benché non altrettanto immediata appaia la relazione fra l'ordine (e in particolare il verbo che l'ordine esprime, che per il caso precedente era il *restituas* e l'*exhibeas* documentati dalle fonti) e la cosa (*aedes, tabulae, homo, bona possessa*, ecc.) tuttavia può ben dirsi che, se l'intervento magistratuale tende a evitare un certo comportamento (*facere, immittere, aedificare*, ecc.), questo senz'altro influisce su una cosa, su una *res*, che si vuole immutata nello stato attuale (sia essa il *locus sacer*, il *locus*, il *flumen* o la *via* pubblici, l'*iter* o l'*actus* privati, ecc.) (1).

Comunque, mentre relativamente a quest'ultimo tipo di interdetti, i proibitori, la testimonianza gaiana riconnette all'intervento magistratuale soltanto un mezzo di tutela che è rappresentato dall'*agere per sponsionem*, diverso è il discorso per quanto riguarda invece gli interdetti restitutori ed esibitori. Ebbene, Gaio ci viene a dire in definitiva che in ogni situazione in cui si controverta in pratica su una *res* e sulla sua appartenenza, sia essa di diritto o di fatto, l'azione è nel periodo classico duplice, perché o è *per formulam* (*arbitrariam* o *petitoriam*) o è *per sponsionem*; il che significa che

(1) Che l'interdetto proibitorio, l'interdetto cioè di origine più antica e perciò paradigmatico della funzione interdittale, sia preordinato alla tutela dello *status quo* è opinione che trova le sue radici dall'età più antica, e che, filtrato attraverso il KASER (cfr. *Eigentum und Besitz im alterem römischen Recht*, Köln-Graz 1956, p. 277 ss., ed anche *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 317 ss.) e ripreso poi, per certi aspetti, dal GANDOLFI (*Contributo allo studio del procedimento interdittale romano*, Milano 1955, p. 117 ss.; ma ugualmente lo si potrebbe sostenere relativamente a quella dottrina che riconnette l'origine degli interdetti alle necessità di tutela delle *res divini iuris* e delle *res in publico usu*, come A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova 1938, p. 91 ss.: anche in questo caso vi sono esigenze di conservazione dello stato attuale), è stato riaffermato anche più di recente su basi di stretta aderenza storica (cfr. L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, *Alle radici di una ideologia*, Camerino 1971, p. 63 ss., e ora anche A. BIGNARDI, *Controversiae agrorum e arbitrati internazionali*, *Alle origini dell'interdetto uti possidetis*, Milano 1984, *passim* e in part. p. 85 ss.). È anche la mia opinione come dico nella voce *Interdicta*, in *Digesto IV*, in corso di stampa, §. 6.

l'azione « *in rem* » (2) può articolarsi o secondo il rituale formulare, che prevede quale sua prima espressione la formula, ovvero secondo un diverso rituale che trae origine e denominazione dalla *sponsio*.

2. Della *formula petitoria* Gai. 4,92 indica espressamente l'*intentio* nella frase *qua actor intendit rem suam esse* (SI PARET REM A' A' ESSE): della *formula arbitraria* il giurista (Gai. 4,163) ricorda particolarmente la clausola restitutoria perché *iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur*.

Peraltro è facile immaginare che il rituale *in rem* per la *formula petitoria* comportasse anch'esso la clausola arbitraria come compare concordemente nelle fonti. Più difficile appare invece la ricostruzione dell'*intentio* della *formula arbitraria ex interdico*: essendovi comunque una clausola restitutoria l'*intentio* (o altra *pars formulae*) verisimilmente doveva fare riferimento alla *res*, ma certamente non per affermarne l'appartenenza di proprietà ad A° A°, bensì la pertinenza del possesso. Ora, come poteva questa tradursi in un'*intentio* formulare?

(2) Ho posto fra virgolette l'espressione « *in rem* » per avvertire che non intendo riferirmi al significato tecnico di essa, a tutti noto nella sua contrapposizione alla dizione *in personam*, ma ad un significato più lato e generico che stia ad indicare in maniera non tecnicamente precisa una qualsiasi controversia che abbia ad oggetto la *res*, in termini di appartenenza vuoi di proprietà come di possesso.

Per una bibliografia completa sul tema dell'*agere per sponsionem*, alla rassegna attenta riportata da F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *St. P. Bonfante*, II, Milano 1930, p. 596 ss., si devono aggiungere le note bibliografiche che si leggono in G. I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, in *St. E. Albertario*, I, Milano 1953, p. 169 ss. (in ispecie p. 170 ntt. 1-4 e p. 171 nt. 6: fra cui mi piace citare in particolare gli studi del PEROZZI, *Della sponsio praeiudicialis nel procedimento civile romano*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, p. 271 ss., nonché *Della in rem actio per sponsionem*, *ibidem*, p. 327 ss.); adde inoltre G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I: Le legis actiones*, Roma 1963, p. 352 ss.; G. SCHERILLO, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, in *IURA* 20 (1969), p. 1 ss.; J. CROOK, *Sponsione provocare: its place in roman litigation*, in *JRS* 66 (1976) p. 132 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, p. 89 s.; ed ora, per i riflessi che la *lex Irnitana* può avere sul tema, e con attenta analisi del quadro delle fonti, M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV, LXXXV, LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano* (in part. il paragrafo 1), in *Testimonium amicitiae*, in corso di stampa, che ho potuto leggere grazie alla cortesia dell'Autore.

Il Rudorff fa l'ipotesi di un'azione con *intentio* strutturata con il SI PARET a seguito del quale riproduce le condizioni cui risulta subordinato l'ordine di restituire o di esibire, ed elabora una formula del tipo SI PARET ... PROHIBENTE A°A° ... OPUS FACTUM ESSET (3). Sulla constatazione del fatto che col SI PARET il pretore avrebbe ammesso in pratica la possibilità di contestarlo, il Lenel, al contrario, ritiene più appropriata una formula analoga a quelle con *demonstratio* che ricostruisce nei termini seguenti: QUOD OPUS ... VI AUT CLAM FACTUM EST, SI ARBITRATU IUDICIS NON RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT ... (4).

Già le notate difficoltà di formulazione della *formula arbitraria* nei termini di un'*intentio* mi farebbero propendere per la seconda ipotesi.

Ma a me sembra che, a ben vedere, si possa leggere nel Digesto qualche cosa di più.

Il titolo 43,4 viene indicato sotto la rubrica *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*; vi si fa parola di un *iudicium in factum* per il *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit*, che viene promesso per il caso in cui *quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo* (del pretore) *eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit*. La dottrina sente l'esigenza di giustificare la collocazione della promessa di un *iudicium* in un libro, il 43, completamente dedicato agli interdetti, concludendo col riconoscere l'esistenza, accanto al *iudicium* di cui si è detto, di un più antico *interdictum* avente la stessa denominazione, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, e quindi la stessa funzione, strettamente legata a fenomeni di *missio in possessionem* in senso tecni-

(3) Cfr. A. F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum*, Lipsia 1869, p. 201 ss.

(4) Per cui, considerando la frase iniziale come mera enunciazione dei fatti ritenuti per certi dal pretore, risulta giustificabile e giustificata l'opinione di Proculo attestata da Gai. 4,163; considerandola invece come una *demonstratio*, analoga a tutte le *demonstrationes* il cui contenuto deve essere a sua volta provato, si può giustificare l'opinione nello stesso passo attribuita a Sabino. Solo questa interpretazione, invero, può dare adeguata consistenza alla testimonianza gaiana relativa alla disputa fra Proculiani e Sabiniani.

Il LENEL, comunque, premette a tutto ciò la considerazione che, sul silenzio delle fonti, meglio sarebbe astenersi da ogni tentativo di ricostruzione della *formula arbitraria*, che comunque andrebbe fatta semmai caso per caso per ciascun interdetto (*Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, p. 446 ss.).

co, autonomamente considerati (5). A me sembra invero che la collocazione di D. 43,4 possa ritenersi senz'altro appropriata e che non necessiti di giustificazione particolare: dopo aver trattato delle generalità definitorie e classificatorie degli interdetti (D. 43,1: *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt*), dopo aver esposto le specifiche norme relative ai due principali interdetti possessori (D. 43,2: *quorum bonorum*, e D. 43,3: *quod legatorum*), in ragione del fatto che la conclusione, l'effetto proprio di un interdetto di questo genere è appunto la *possessio praetoris nomine*, cioè una *missio in possessionem*, i compilatori ritengono doveroso chiarire cosa succeda allorché *dolo malo* si impedisca il godimento possessorio a colui cui il possesso sia stato conferito dal pretore. Ulpiano anzi ci documenta come la prima funzione della clausola edittale relativa, strettamente collegata per prassi alla tutela del possesso affidato dal pretore *rei servandae causa* (6), e per espresa dizione dell'editto alle ipotesi di turbativa dolosa di tale possesso (7), abbia subito esteso l'ambito della sua efficacia:

D. 43,4,1,2 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri. Sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint.

La *formula arbitraria* doveva essere dunque un'azione *in factum* con clausola restitutoria e con *condemnatio* nel *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit* (8).

(5) Cfr. A. D'ORS, *El interdictio fraudatorio en el derecho romano clasico*, Roma-Madrid, 1974, p. 97 ss.

(6) D. 43,4,1,1 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) *Hoc edictum summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret.*

(7) D. 43,4,1, pr. (Ulp. l. 72 *ad ed.*) *Ait praetor: 'Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit dabo'.*

(8) Riterrei che possano essere equiparate alla dizione della *condemnatio* nel *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit*, le varie espressioni usate

Inoltre nello stesso titolo 43,4, leggiamo ancora qualche utile considerazione laddove, a proposito della *missio in possessionem ventris nomine*, Ulpiano dice:

D. 43,4,3,2 (Ulp. l. 68 *ad ed.*) Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est.

e, in altro luogo, che la dottrina ritiene più propriamente dedicato all'azione « creditorum »:

D. 43,4,1,8 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur.

per indicare la *condemnatio* conseguente alla tutela interdittale; se ne può fare una breve rassegna, senza peraltro aver pretese di completezza, a cominciare dal passo di Ulpiano, relativo all'*i. uti possidetis*, D. 43,17,3,11: *in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem, 'quanti res est' sic accipimus 'quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere'*, per proseguire poi, sulla base di questa (seppur contrastata) equiparazione fra l'est della cosa e l'interest del possesso, con *ex hoc interdicto qui non restituit, in id quod interest debet condemnari* di D. 43,3,2,2 per l'*i. quod legatorum*; con *condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet* di D. 43,5,3,11 per l'*i. de tabulis exhibendis*; con *hoc interdictum perpetuum et populare est condemnatioque in eo facienda est, quanti actoris intersit* di D. 43,8,2,37 per l'*i. ne quid in loco publico vel itinere fiat*; con *et habet condemnationem in id quod actoris intererit* di D. 43,11,1,3 per l'*i. de via publica et itinere publico reficiendo*; con *in interdicto unde vi tanto condemnatio facienda est quanti intersit possidere* di D. 43,16,6 (Ulpiano a proposito dell'*interdictum unde vi* parla per ben due volte di *actio in factum*, in D. 43,16,1,48 e D. 43,16,3,18, e non penso che in entrambi i casi si possa giustificare col fatto della riferibilità agli eredi degli obblighi *ex interdicto*); con *si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur* di D. 43,18,1,1 per l'*i. de superficiebus*; con *in hoc interdicto examinatur, quanti eius interesset via non prohiberi sive itinere* di D. 43,19,3,3 per l'*i. de itinere active privato*; con *hoc interdicto tanti lis aestimatur quanti actoris interest id opus factum esse ... ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset* di D. 43,24,15,7 per l'*i. quod vi aut clam*; con *condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est* di D. 43,26,8,4 per l'*i. de precario*.

Non è qui il luogo di esaminare più concretamente in che differisse l'azione *in factum ad exemplum creditorum* dall'azione *ex interdicto*: basti rilevare innanzi tutto l'evidente parallelo che deve sussistere fra i due tipi di azione, e in secondo luogo come la principale differenza debba consistere nel carattere penale della prima (che del resto conosciamo anche da Gaio) (9), che non si riscontra invece nella seconda.

Sappiamo dallo stesso Gaio che il giudizio avveniva davanti ad un giudice o ai *recuperatores* (Gai. 4,141): poiché le poche fonti di cui disponiamo relativamente a giudizi a seguito di interdetto parlano dell'*agere per sponsionem* e fanno chiaro riferimento ai *recuperatores*, mi sembra comprovato il fatto suggerito dalla denominazione e dalla lettura ulteriore di Gaio (Gai. 4,163 ss.) che la formula arbitraria dovesse celebrarsi davanti al *iudex*, o meglio ad un *arbiter* (10).

3. Il parallelismo fra le due situazioni, petitoria e possessoria, prosegue (ed anzi si evidenzia) con la prospettazione analitica del procedimento *per sponsionem*.

Ancora una volta più esplicita mi sembra la ricostruzione proposta da Gaio per il primo fenomeno, laddove il giurista dice che il procedimento *in rem per sponsionem* avrebbe origine da una *provocatio sponsione* su una *formula sponsionis* che il giurista ci riporta espressamente nelle parole SI HOMO DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIUM XXV NUMMORUM DARE SPONDES? È appunto la *formula sponsionis* che consente a questo punto il ricorso alla tutela giudiziale; infatti la dottrina, pres-

(9) È quanto per lo meno viene sottolineato in particolare dal giurista nel delineare la contrapposizione fra l'*agere per formulam arbitrariam*, che è un *agere sine poena, sine periculo*, e l'*agere cum poena* del procedimento *per sponsionem* (Gai. 4,141 e Gai. 4,162 ss.).

(10) Se ne potrebbe fors'anche trarre come conseguenza l'ipotesi che dovesse essere sempre demandato alla cognizione dei *recuperatores* l'altro tipo di giudizio, quello *per sponsionem*. Allo stato delle fonti non si può avere una sicurezza in tal senso: lo riterei tuttavia molto probabile, almeno per quanto riguarda gli interdetti restitutori (in senso lato), ed i possessori in particolare, considerando anche le origini e le caratteristiche del tribunale recuperatorio, senza, peraltro - mi sembra - che se ne possa limitare la competenza al solo caso dell'*interdictum de vi armata* (in tal senso B. SCHMIDLIN, *Das Rekueratorenverfahren, Eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg 1963, p. 47 ss.).

socché unanime (11), ritiene che l'azione che ne consegue si sia così trasformata in azione *in personam*, la cui *intentio* dovrà esaminare *si paret Num Num nobis summam sponsionis* (cioè *sestertium XXV nummorum ex sponsione*) *dare oportere*.

Gaio però si premura subito di precisare che poi l'oggetto dell'indagine giudiziale, e quindi della valutazione, sarà l'appartenenza del bene, che costituisce appunto il presupposto dell'obbligazione di pagare espressa nella *sponsio*, la « condizione » della promessa, ricordandone come conseguenza (ma ne è in realtà la giustificazione) che la *summa sponsionis* non viene mai richiesta, avendo essa carattere pregiudiziale e non penale, *et propter hoc solum fit ut per eam de re iudicetur*. Sorge allora immediato un interrogativo. Se dunque in pratica l'indagine giudiziale ha lo stesso oggetto dell'indagine che il giudice sarebbe chiamato a svolgere in un rito *in rem* sacramentale, che interesse può esserci nella trasformazione esteriore della procedura dalla ritualità *in rem* a quella *in personam*?

Analoga dovrebbe essere la procedura per quel che riguarda la situazione interdittale, « restitutoria » o anche « esibitoria »: Gaio in particolare si riferisce all'interdetto restitutorio *de vi* (*veluti ut restituantur ei possessio qui vi deiectus*) e all'interdetto esibitorio

(11) Anche se il problema fu variamente discusso così lo risolve R. STINZING, *Ueber das Verbaltnis der Legis actio sacramento zu dem Verfahren durch Sponsio praeiudicialis*, Heidelberg 1853, *passim*; ma anche, precedentemente F. L. KELLER, *Der römische Civilprozess*, Berlin 1852, §. 25, p. 119 ss. (e nella traduzione italiana di Filomusi Guelfi, *Il processo civile romano e le azioni*, Napoli 1872, p. 80 ss.); M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn 1865, § 89, p. 229 ss.; F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg 1889, p. 82 ss. Ma la BOZZA, *op. cit.*, p. 615 ss., che pur protesta la realtà dell'*agere per sponsionem* (innanzi tutto argomentando dal fatto che tale procedura sarebbe stata creata a suo avviso per il tribunale dei *centumviri*, che giudicava appunto solo in tema di diritti reali: p. 616), di seguito è costretta a riconoscere però all'azione una struttura mista, risultando essa « composta di due elementi: uno di diritto personale, l'altro reale. Il primo è costituito dalla *l. a. s. in personam*, e, per il tempo di Gaio, da questa o dalla *formula certae creditae pecuniae*, con cui si persegue la *summa sponsionis*; il secondo dalla *cautio p. p. l. v.* che assicura la restituzione della cosa, o dell'*aestimatio*, e dei frutti»: benché l'elemento « personale » venga indicato come « espediente », mi sembra tuttavia che anche nel pensiero della Bozza debba essere considerato quello di maggior rilievo, trattandosi del rito procedurale stesso. Cfr. ancora G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 359 s. Anche B. ALBANESE (*loc. cit.*) distingue nella lite interdittale così programmata due aspetti, l'uno formale di natura obbligatoria (*in personam*), l'altro sostanziale, *in rem*.

de libertis exhibendo (ut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vellet) (12). In tal caso - dice il giurista - *si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierat* (13) il procedimento da seguire è un rito *per sponsionem*, e cioè *cum periculo*, che inizia anche in questo caso con una *provocatio: nam actor provocat adversario sponsione* (Gai. 4,165). Di seguito Gaio riporta il tenore della *sponsio* che, pur non essendo riferito in termini puntuali, si lascia comunque intendere nelle parole

((quod)) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit

Il procedimento conseguente all'inottemperanza all'interdetto si complica ulteriormente per la presenza di una seconda *provocatio sponsione* avversaria (tale almeno dobbiamo intendere per il momento l'*adversus sponsionem adversarii restipulatur* di Gai. 4,165).

Quella *sponsio* (e quella *restipulatio*) costituiscono per esplicita dichiarazione di Gaio la base del successivo *iudicium*: dice il giurista che l'attore *sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis*: fra le due parti, attore e convenuto, si instaura una reciproca *causa contestationis* relativa alla *formula sponsionis*, cioè alla corrispondenza al vero della « condizione » della promessa prestata dall'uno nei confronti dell'altro, che il proprio comportamento non era in contrasto con la disposizione interdittale, nonché alla *formula restipulationis*, cioè alla corrispondenza al vero della « condizione » della promessa prestata dal secondo nei confronti del primo, *adversus sponsionem*.

4. Potrebbe essere in qualche modo illuminante tentare di ricostruire il tenore delle due promesse reciproche.

Nel caso esemplificato da Gaio l'una, la *sponsio* richiesta dall'attore all'avversario (14), dovrebbe essere stata espressa nella forma seguente:

(12) Gai. 4,162.

(13) *Observare ((autem)) debet is, qui vult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgetur* (Gai. 4,164).

(14) *Namque actor est qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat* (Gai. 4,157).

- A. Si adversus praetoris edictum factum sit (che è Gai. 4,141), quod non exhibueris aut non restitueris (che è, con la sola differenza della persona, Gai. 4,165), sestertium X dare spondes?
- C. Spondeo.

La dottrina parla di promessa condizionata (15): peraltro io avrei qualche dubbio in proposito.

Si consideri che, se è vero che la frase *si adversus praetoris edictum factum sit quod non exhibueris aut non restitueris* è una condizione dal punto di vista grammaticale e sintattico, non pacificamente la stessa cosa si può ammettere dal punto di vista tecnico giuridico. Infatti l'evento dedotto a condizione della promessa non è un evento futuro, trattandosi del trascorso comportamento di una delle parti, e la sua incertezza, pertanto, non deriva dall'evolversi vario della vita, bensì soltanto dall'interpretazione del comportamento stesso in rapporto all'editto (all'*interdictum*) del pretore e alla valutazione che ne farà il giudice.

Nel tenore complessivo della *sponsio* quella « condizione » viene a rappresentare in pratica lo stesso ruolo che nell'azione assolve l'*intentio* formulare. Se, per esempio, nella formulazione di un'*intentio* del tipo SI PARET REM A' A' ESSE, ovvero SI PARET N^{UM} N^{UM} A° A° SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, ovvero, ancor più incisivamente, SI PARET A^{US} A^{US} APUD N^{UM} N^{UM} MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE (16), si escludesse ogni riferimento espresso al conferimento della valutazione ad una

(15) Così lo STINTZING (*op. cit.*, p. 17 ss.): le parti che volevano agire *in rem per sponionem* convenivano stragiudizialmente fra loro una *sponsio* condizionata in base alla quale l'una delle due si obbligava a pagare all'altra una certa somma se la pretesa avversaria fosse risultata giusta, e sulla base di questo contratto poi si poteva agire con la *legis actio sacramenti in personam*; in seguito, a questo rituale si sarebbe aggiunta una seconda *stipulatio* condizionata, la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, che impegnava alla restituzione della cosa e dei frutti il soccombente possessore. Così, in fondo, pur se polemica, anche F. BOZZA (*op. cit.*, p. 626). Così, per fare un altro esempio, G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 357 s.; così B. ALBANESE (*loc. cit.*).

(16) Più incisivamente perché anche in quest'ultimo caso, al contrario dei precedenti, si fa riferimento ad un comportamento trascorso, quello del *deponere mensam*, posto in essere da una delle parti.

altrui attività (quella del giudice, che lì risulta accennata nel *paret*), la protasi di periodo ipotetico collegata con la *condemnatio* verrebbe a risultare assai simile a quella della *sponsio* nell'*agere per sponsionem*. Quanto all'apodosi, se nell'un caso è rappresentata dalla *condemnatio* formulare stessa rivolta al giudice, nel secondo caso si risolve invece in un rapporto fra privati senza alcun intervento giudiziale: ma l'oggetto, nell'uno come nell'altro caso, è una somma di denaro.

Al posto del conferimento al giudice del potere di valutare e risolvere *ab externo* la questione leggiamo nella *sponsio* il rischio della scommessa interpersonale: e questo elemento richiama una volta di più il *sacramentum* antico.

Ma ancora: nell'antico *lege agere* una promessa di questo genere, una scommessa espressa nei termini di una *sponsio*, avrebbe comportato il ricorso alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, quando non alla *generalis legis actio sacramenti*. La *sponsio*, cioè, con il suo carattere di astrattezza, serve a rendere azionabile sul terreno del diritto privato un rapporto che, per essere relativo al diritto pubblico, non avrebbe possibilità di estrinsecazione giudiziale: e in questo corrisponde all'uso « generale » del *sacramentum* (17).

Quanto al tenore della *restipulatio* direi che relativamente a questa più rilevanti permangono i dubbi di ricostruzione.

Il termine, nella sua forma nominale come in quella verbale, compare solo in Gaio (18) e una volta in Alfeno (19). L'esiguità e, direi, l'unilateralità delle fonti potrebbe far ritenere che non si tratti di un fenomeno tecnicamente ben individuato, e che i termini *restipulatio*, *restipulor* siano usati nel loro significato comune.

Ebbene nel linguaggio comune il verbo *restipulor* è spiegato dai lessici come lo svolgersi di attività (in un certo senso « di con-

(17) Cfr. A. M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988, p. 45 s. Anche M. MARRONE [v. *Rivendicazione (Diritto Romano)*], in *Enc. d. Dir.* 41, Milano 1989, p. 10 dell'estratto]. addirittura considerando in particolare una sola applicazione dell'*agere per sponsionem*, relativa ai processi *in rem*, riconosce che « la rivendica *per sponsionem* era un'azione astratta », come astratta era la rivendica *sacramento* (*ibidem*, §. 6), rispetto alla quale, appunto, l'*agere per sponsionem* si presentava come mero « espediente processuale » (*ibidem*, p. 9).

(18) Cfr. Gai. 4,13; 4,94; 4,165; 4,166; 4,166a; 4,167; 4,168; 4,174; 4,180; 4,181.

(19) Cfr. D. 39,2,43,1-2, citato *supra*.

tesa » reciproca: « *cum eo certo, a quo sponsione sum provocatus; idest vicissim stipulor, et mutuam sponsionem exigo* » (20).

Nelle fonti più propriamente letterarie appare un'attività uguale e contraria.

Così in Valerio Massimo il rapporto *sponsio-restipulatio* relativamente alla contesa d'onore fra il pretore Quinto Valerio ed il console Caio Lutatio Catulo è il rapporto fra l'affermazione di aver sconfitto personalmente la flotta avversaria da parte dell'uno ed analoga affermazione da parte dell'altro: una sfida.

Val. Max. 2,8,2 Valerius sponsione Lutatium provocavit, non se petiturum triumphum, nisi suo ductu Punica classis esset oppressa, nec dubitavit restipulari Lutatius.

Così in Apuleio il rapporto *sponsio-restipulatio* riguardo agli impegni dotali è il rapporto fra la promessa fatta di dare la dote e la promessa esatta che la stessa dote sarà consegnata ad altri al verificarsi di una certa condizione:

Apul. *Apol.* 102 An ut eam dotem filiis suis magis restipularetur, quam penes me sineret? (21)

Nello stesso generico significato il termine si trova usato da Alfeno a proposito della *cautio damni infecti*:

D. 39,2,4v,1-2 (Alf. I. 2 *dig.*) Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit adeoque restipulatus est. ... Idem consulebat, possetne, quod ob eam rem dedis-

(20) Così lo definisce il FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon*, III, Padova 1830, p. 943.

(21) Precedentemente Apuleio aveva spiegato che *iam primum mulieris lucuple-tissimae modicam dotem iam neque eam datam sed tantum modo (promissam) praeter haec ea condicione factam coniunctionem, nullis ex me susceptis liberis (si) vita demigrasset, uti dos omnis apud filios eius Pontianum et Pudentem maneret* (*Apol.* 91), e che *sola trecenta milia nummum scripta eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam* (*Apol.* 92). Ebbene quella condizione di cui si parla nel passo 91, quel patto di ripetizione del passo 92 si esprimono in realtà in una *restipulatio*, che, come la spiega il Forcellini (*loc. cit.*), avesse il seguente scopo: « *mibi quidem promitteret, se viva, sed se mortua me obligaret, ut filiis suis, quos ex priore marito susceperat, restituerem* ».

set, rursus repetere, quoniam restipulatus esset a vicino si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset sibi damnum datum esset, id reddi ... (22)

Caratteri in parte differenti assume la *restipulatio* così come appare menzionata, a più riprese e in rapporto a episodi diversi, nella *pro Roscio comoedo*: in un primo caso vi appare contrapposta, ma solo per la *pars dimidia*, agli impegni assunti per la transazione, quale corrispondente, in termini di promessa imposta dall'*arbiter* Pisone, del *compromissum* (o *pactio*) dallo stesso Pisone arbitrato tra Fannio e Roscio:

Cic. *pro Rosc. com.* 13,37 Defensio mea quae est? Roscium pro sua cum Flavio transegisse. Repromittis tu abhinc triennium Roscio. Quid? recita istam restipulationem clarius ... Quid enim restipulatio clamat: « quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo ».

E poco oltre:

... Roscius, qui ex iuris peritorum consilio et auctoritate restipularetur a Fannio diligenter ut eius quod exegisset a Flavio dimidiam partem sibi dissolveret (Cic. *pro Rosc. com.* 18,56).

E di questa deve essere riaffermata la stretta correlazione con il *negotio pattizio* precedente che la sorregge se, di fronte alla negazione avversaria, l'oratore pone la domanda retorica:

cur in re tam vetere, in negotio iam confecto, in societate dissoluta nova haec restipulatio interponitur? (Cic. *pro Rosc. com.* 13,38).

In altro luogo risulta sempre indicata col nome di *restipulatio* la *cautio amplius non peti* che pure, per l'ipotesi di una transazione

(22) Il termine *restipulatio* in rapporto alla *cautio damni infecti* è documentato anche dalla *lex Rubria* (cfr. CIL 1.592.1.8) dove si accenna ad un *restipulari* « *damnei infectei ex formula* ». Per completezza si può ancora citare Varrone, *de ling. lat.* 5,182 (*qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari*) che se ne vale come esempio dell'uso delle forme derivate da *stips*.

come appunto nel caso quella fra lo stesso Roscio e Flavio, doveva essere considerata *ex condicione iuris et ex consuetudine cautionis firmissimum et gravissimum argumentum*:

Cic. *pro Rosc. com.* 12,36 Cur igitur decedit et non restipulatur neminem amplius petiturum? (23).

Peraltro a me sembra che pur dalle poche fonti possano trarsi elementi per connotare in maniera particolarissima la « promessa reciproca » quando sia impiegata giudizialmente. Innanzi tutto sembra potersi dedurre che non doveva trattarsi, come verrebbe fatto di pensare di primo impulso (24), di una dichiarazione del tutto identica a quella dell'avversario: si trattava comunque di una dichiarazione con essa connessa e che, io credo, non poteva sussistere autonomamente (se non dal punto di vista strettamente formale) se non fosse stata in qualche modo « provocata » (25). Infatti il tenore letterale della promessa, che nella sua prima parte, la « condizione », potrebbe essere, per esempio, SI NIHIL ADVERSUS PRAETORIS EDICTUM FACTUM SIT (per lo meno nel caso, come quello qui esemplificato, in cui implicitamente si neghi di aver agito contro l'editto: Cic., *pro Caec.* 16,45), non avrebbe in sé ragione di essere e autonomamente considerata rappresenterebbe un'assurdità inconcepibile: la si comprende invece se le si riconosce lo scopo di « sbugiardare » un'affermazione avversaria.

(23) Un'altra *restipulatio* sembrerebbe adombrata nel passo Cic., *pro Rosc. com.* 5,14: si dovrebbe trattare della *restipulatio tertiae partis* con valore penale: ma non è usato il tema verbale *restip-*, parlandosi bensì di *sponsio* (si veda anche 4,10, dove si parla di *sponsio legitima partis*). In *pro Rosc. com.* 17,51 ritorna il richiamo testuale alla *restipulatio* della metà di quanto Fannio potesse ottenere da Flavio: rispetto a questa in altri momenti si parla semplicemente di *stipulatio* (per es. 14,41), o ancora, ad indicare l'attività della controparte, di *repromissio* (per es. 13,37). Proprio perché il *repromittere* indica in particolare l'attività volontaria di impegno personale del dichiarante un'analisi dell'uso giuridico di questo tema non dà ai nostri fini apprezzabili risultati immediati.

(24) Per quanto detto sopra; per l'analogia col *sacramentum* antico, di cui poi anche si dirà; per il fatto che le fonti comunque non ne specificano mai il tenore di fronte, invece, ad una più esplicita indicazione delle affermazioni avverse.

(25) Non intendo riferirmi al *provocare sponsione* (o *provocare sacramento*) delle fonti latine, anche se mi piace la suggestione prodotta dall'identità dei termini, ma al comune significato della « provocazione » nel linguaggio oggi corrente.

La *restipulatio* assolve invero la funzione di salvaguardare la fama del soggetto che viene implicitamente danneggiato dalla precedente *sponsio*.

È quanto si legge in Cicerone. Per lo meno è quanto, per esempio, sostengono, con l'oratore, gli amici di Publio Quintio (*pro Quinct.* 8,30; 9,32; 9,33) di fronte alla decisione di Dolabella di richiedere al solo Sesto Nevio, a favore dello stesso Quintio, la promessa *SI BONA SUA EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT*: un impegno unilaterale di questo tipo avrebbe comportato di necessità che *famam alterius in iudicium venire*, e, in conclusione, per ripetere l'arpinate, *iudicium esse non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quinctii*. È la *sponsio* che lo stesso Cicerone qualifica *de probro* (*pro Quinct.* 14,46) (26).

Parlando della *legis actio sacramenti* Gaio dice che

Gai. 4,13 ... eaque actio proinde periculosa erat falsi atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii, qui vicerit.

Il giurista propone un altro caso di *agere per sponsionem* con una *sponsio* ed una *restipulatio* relativamente all'*actio certae creditae pecuniae*: l'attore provoca il convenuto a promettere tramite *sponsio* di non essere obbligato (a promettere, cioè, una somma di danaro *si temere neget*), con ciò suggerendo implicitamente la riprovazione nei suoi confronti per il fatto di essersi lasciato scoprire insolvente; il convenuto, promettendo, reagisce all'implicita diffamazione richiedendo a sua volta, tramite *restipulatio*, la pro-

(26) In questo senso, e cioè come attenzione alle conseguenze negative determinate da una *provocatio sponsione* sull'onorabilità e la fama, intenderei l'espressione di Cicerone (si veda anche *de senect.* 42), nonché forse le affini che si leggono per esempio nella *lex Irmitana*, o in Livio: sul punto R. DOMINGO, *Sponsio in probrum*, in SDHI 55 (1989), p. 419 ss.

messa di una somma di danaro (27) per il caso in cui il sospetto suggerito contro la propria onorabilità non avesse fondamento (*si non debitum petat*). Il senso del rischio è perfettamente espresso nell'uso del verbo *periclitator*, che, spesso, anche nelle fonti letterarie, è posto in rapporto con il pericolo incombente relativo non soltanto alla vita, bensì anche alla fama: l'impiego per l'*actor* repromittente della stessa forma verbale *periclitatur*, già usata per il *reus* sponsor con il particolare significato che essa assume, serve ad eguagliare anche in termini di rischio e di fama la posizione dei due contendenti.

Anche più oltre, trattando della *calumnia actoris*, Gaio riprende il motivo e la trattazione della *restipulatio*:

Gai. 4,174 Actoris quoque calumnia coeretur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione.

Peraltro, di seguito, i passi 4,180-181 sul tema, e per quello che interessa in questa sede, aggiungono soltanto che la *restipulatio* con lo scopo « antidiffamatorio », la *restipulatio* come *coercitio calumniae*, aveva luogo solo per determinati rapporti (*ex certis causis*) (28).

A me sembra che il dubbio avanzato dal Bonini (29) sulle tracce del Lauria (30), circa la legittimità del riunire insieme questi quattro rimedi contro la calunnia, così come fa Gaio, non debba qui aver luogo. È stato rilevato, infatti, come *restipulatio* e *iudicium contrarium* importino la condanna dell'attore indipendentemente dal-

(27) Non necessariamente uguale (vedi anche *infra*, §. 5).

(28) Gai. 4,180. *Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet: et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit*, 181. *Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur: nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.*

(29) Cfr. R. BONINI, *Il titolo « de poena temere litigantium »* (4,16) delle Istituzioni giustiniane, in AG 176 (1969), p. 27 ss. (e in part. p. 35, nt. 30 e p. 41, nt. 49).

(30) Cfr. M. LAURIA, *Calumnia*, in *Studi U. Ratti*, Milano 1934, p. 127 s. Peraltro del *remedium repromissionis* si parla anche in Cons. 4,13 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Quintiano*), su cui S. SERANGELI, C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario, in BIDR 71 (1968), p. 220 s.

la sua *calumnia* (31) e per il solo fatto di aver perso la lite, si fondino sulla mera soccombenza dell'attore (« e non sulla sua *temeritas* ») prescindendo dall'*animus calumniandi*. Il giusto rilievo, che trova la sua base come si è visto (32) nelle parole stesse di Gaio, non tiene però nel dovuto conto il fatto che *restipulatio* e *iudicium contrarium* si inseriscono in definitiva nel sistema di « meccanismi » che nel processo privato romano ottengono lo scopo di rapportare equamente alla realtà il dato formale e astratto della richiesta *actoris*: come da un lato la *temeritas* della richiesta comportava civilmente la perdita della lite per *pluris petitio*, così la stessa poteva talora essere punita, a volere della controparte, allorché « si concretava nella malvagia volontà di *vexare* l'avversario, conoscendo l'infondatezza della pretesa, e facendola nondimeno valere nel proprio interesse » (33).

L'aver perso la lite comporta una presunzione di *calumnia* che *ex certis causis* non ammette prova contraria perché si basa sulla astrattezza della *restipulatio*.

Direi inoltre che quel *ex certis causis* del testo gaiano non deb-

(31) La dottrina, forse troppo in aderenza con le posizioni del diritto moderno, si trova costretta a distinguere due ipotesi di *calumnia*. La prima è quella criminalmente rilevante e come *crimen* appunto qualificata (si veda J.G. CAMINAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984, *passim*), che si determina nell'*ordo iudiciorum* « allorché dolosamente si solleva un'accusa infondata (ove s'intende un'accusa criminale), quando cioè l'accusatore è convinto dell'innocenza del reo » (M. LAURIA, *op. cit.*, p. 110), il cui concetto, dapprima preciso e ristretto nei termini or ora detti, viene poi esteso a ricomprendere tutti i casi di accuse inconsiderate (la *temeritas*), fino alla *tergiversatio*. La seconda ipotesi di *calumnia* è quella che riguarda il processo privato: in quest'ambito il concetto di *calumnia* si evolve da quello contenuto nell'editto pretorio (cfr. O LENEL, *op. cit.*, p. 106 ss.), a quello che da quanto si legge nelle fonti, e prima fra tutte in Gaio, si ricollega in parte all'ipotesi criminosa.

(32) Cfr. *supra*, nt. 28.

(33) M. LAURIA, *op. cit.*, p. 127. È ben vero però che anche il LAURIA (*op. cit.*, p. 129) si avvede delle chiare affinità d'intenti fra il regime dettato in ipotesi di *pluris petitio* e le regole che disciplinano la *calumnia* nel processo privato; ma innanzi tutto egli ritiene che tale affinità derivi da una fusione fra i due istituti che si sarebbe operata soltanto posteriormente all'età dei Severi (e di cui ci sarebbe prova nella rubrica e nel contenuto del titolo « *De caluminatoribus et plus petendo* » attestato dal Codice Hermogenianus, R. 5), e secondariamente esclude comunque l'elemento soggettivo, la malvagia volontà dell'attore, per dare rilevanza al solo elemento oggettivo rappresentato dall'ingiusto danno.

ba intendersi come indicativo di una serie di casi ben definiti ed individuati: la *restipulatio*, derivando dall'attività delle parti, e soprattutto dalla decisione magistratuale in merito (34), poteva applicarsi ad ogni ipotesi di contesa, laddove, naturalmente, vi fosse stata « provocata ».

Altre due conseguenze dell'unilateralità della promessa, corollari dell'attentato alla fama, traspaiono ancora dalla *pro Quinctio* ciceroniana: mi sembrano particolarmente interessanti per comprendere il valore della *restipulatio* in tutta la sua reale portata.

L'una vorrebbe ripetere una effettiva lamentela di Quintio a suo tempo espressa (o comunque pensata e temuta), e come tale è ripresa da Cicerone:

Clamabat porro ipse Quinctius sese idcirco nolle satis dare, ne videretur iudicasse bona sua ex edicto possessa esse (*pro Quinct.* 8,31).

Credo che la lamentela di Cicerone possa interpretarsi così: l'unilateralità della *sponsio* - si lamenta Quintio - cagionerebbe inevitabilmente una suggestione di pertinenza del possesso: inevitabilmente un qualsiasi giudice sarebbe indotto a pensare che giammai Sesto Nevio si sarebbe convinto a scommettere su un possesso *ex edicto Burrieni* se non fosse stato totalmente sicuro della sua posizione di possessore per 30 giorni, *ex edicto Burrieni* appunto.

Ma una seconda conseguenza dell'unilateralità della *sponsio*, e forse quella che più tecnicamente riguarda il nostro problema, è lamentata dall'avvocato di Quintio (pur se anche questa volta appare posta nella bocca del cliente):

sponsonem porro si istius modi faceret, se, id quod nunc evenit, de capite suo priore loco causam esse dicturum (*ibidem*).

La promessa unilaterale ha comportato secondo Cicerone una sorta di inversione dell'onere della prova, nel senso che Quintio (e per lui il suo oratore), avendo dovuto imperativamente richiedere la promessa *SI BONA MEA ... POSSESSA NON ESSENT, X MILIA HS DARE SPONDES?*, ed avendone ricevuto risposta affermativa

(34) Cfr. *infra*, §. 9.

(SPONDEO), dovrà per primo avere la parola e dimostrare l'inesistenza del possesso di Nevio:

Cic., *pro Quinct.* 9,32 *Conturbatus sane discedit Quinctius; neque mirum, cui haec optio tam misera tamque iniqua daretur, ut aut ipse se capitis damnaret, si satis dedisset, aut causam capitis, si sponsionem fecisset priore loco diceret* (35).

Sottolineando la particolare incidenza negativa provocata dalla promessa unilaterale nella fama di Quintio, Cicerone parla del processo come di *iudicium de capite* e da ciò deduce

cum maiores nostri ita constituerint, ut, qui pro capite diceret, is posteriore loco diceret, nos inaudita criminatione accusatorum priore loco causam dicere intellegis (*pro Quinct.* 9,33).

(35) L'episodio che viene esaminato giudizialmente nella Quintiana di Cicerone, alquanto complesso, si accentra, com'è noto, sulle conseguenze di un *vadimonium*, poi rimasto *desertum*, per la definizione dei crediti e debiti di società fra Publio Quintio, il convenuto, e Sesto Nevio, l'attore. A seguito della mancata comparizione dell'avversario secondo il *vadimonium* (di cui, peraltro, Cicerone contesta addirittura la legittimità, se non la stessa esistenza giuridica: Cic., *pro Quinct.* 6,24-25), Nevio aveva provocato da parte del pretore P. Burrieno l'emanazione di un *decretum* per l'immissione nel possesso dei beni di Quintio, avversato in questo da Sesto Alfeno, che in assenza di Quintio si era presentato volontariamente come *procurator* e, avendo dichiarato di assumere la *defensio* (*denuntiat sese procuratorem esse ... et si quid agere velit, iudicio defendere: pro Quinct.* 6,27), si era poi rifiutato di porre in essere la *satisfatio iudicatum solvi* (*negat Alfenus aequum esse procuratorem satis dare, quod reus satis dare non deberet, si ipse adesset: pro Quinct.* 7,29). Posto di fronte all'alternativa fra il prestare personalmente la *satisfatio iudicatum solvi ex formula QUOD AB EO PETAT QUOIUS EX EDICTO PRAETORIS BONA DIES XXX POSSESSA SINT* (*pro Quinct.* 8,30) ovvero agire *ex sponsione* esigendo da Nevio la promessa di una somma determinata *SI BONA ... EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT*, come gli era imposto dal pretore Dolabella, Quintio, precipitosamente tornato dalla Gallia, sceglie quest'ultima strada.

A dir il vero, la lamentata unilateralità della promessa riguarda in particolare la *satisfatio*, volendosi dai sostenitori di Quintio che «*de re iudicium fieri oportere ut aut uterque inter se aut neuter satis daret: non necesse esse famam alterius in iudicium venire*» (*pro Quinct.* 8,30). La seconda circostanza lamentata da Cicerone, il fatto cioè che la *sponsio* richiesta da Quintio su imposizione del pretore comportasse l'obbligo per quest'ultimo di parlare *priore loco*, attiene più che altro al problema della discrezionalità del pretore (*quam aequum nihil dico, unum hoc dico, novum: pro Quinct.* 8,30) nel determinare il tenore (e perciò le conseguenze) della *sponsio* nell'*agere per sponsionem*: su cui *infra*, §. 9.

5. È tempo di ritornare alla procedura *ex interdictis*.

Proprio questa intenzione della *restipulatio*, al contempo difensiva e sanzionatoria, può far pensare che la seconda parte della *formula restipulationis* del procedimento *ex interdictis*, quella che, dopo la « condizione », esprime l'effettiva promessa, non dovesse necessariamente corrispondere in misura perfetta nel *quantum* alla promessa avversaria espressa nella *sponsio* condizionata: per cui ad una *sponsio* che importasse l'impegno del promittente a dare 10, SI CONTRA EDICTUM PRAETORIS NON RESTITUERO AUT NON EXHIBUERO, lo stesso, nella veste di restipulante, poteva impegnare l'avversario a dare 20 o 30 o 50 per il caso che la sua pretesa in rapporto al comportamento avversario, deducibile per suggestione dalla *sponsio*, si rivelasse menzognera e, in pratica, difamatoria.

Il parallelo fra il carattere « difensivo e sanzionatorio » (come l'ho indicato) della reciprocità della *restipulatio* contrapposta ad una *sponsio* (ambidue giudizialmente proposte) e lo stesso nel caso della reciprocità del *sacramentum* dell'antico *lege agere*, del quale è pacificamente affermato il valore di *poena* (36), come si è visto appare in nuce anche in Gaio (Gai. 4,13), sia pure a proposito di una procedura *per sponsionem* che non è quella interdittale: e a me sembra che questo possa costituire un primo indizio, tutt'altro che irrilevante, per opinare che l'*agere per sponsionem* sia sotto questo aspetto una trasformazione in senso laico dell'*agere sacramentale* antico.

Non può obiettarsi che i due *sacramenta*, al contrario di *sponsio* e *restipulatio*, dovrebbero essere identici, cioè perfettamente uguali nel loro tenore letterale stante la perfetta uguaglianza delle posizioni processuali dei due contendenti nella *legis actio sacramenti in rem*: infatti, se è vero che identica doveva essere sostanzialmente la formula della *provocatio* [SACRAMENTO TE PROVOCO - ET EGO (SACRAMENTO) TE (PROVOCO)], nulla possiamo dire invece circa il tenore del giuramento richiesto da *qui prior vindicaverat* all'avversario (se fosse semplice affermazione circa l'appartenenza del bene: AIO HUNC HOMINEM MEUM ESSE; o se riguardasse la legittimità o l'*iniuria* del proprio comportamento in ordine all'effettuata *contravindicatio* in risposta al *quando tu iniuria vindicavisti*:

(36) Gai. 4,13-14 e 4,17a.

IUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI; o se, infine, riguardasse la *causa*, come replica alla richiesta *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*), né del giuramento riferito dal secondo nei confronti del primo (che, comunque, avrebbe dovuto forse essere semplice ripetizione giurata dell'affermazione iniziale: AIO HUNC HOMINEM MEUM ESSE EX IURE QUIRITIUM). Comunque senz'altro differente era il giuramento dell'*agere in personam*, l'uno dovendo affermare l'altro dovendo negare una pretesa relativa.

Invero, a ben considerare le cose, anche prima che la *summa sacramenti* fosse definitivamente fissata in capi di bestiame (37), ovvero in 50 o 500 assi a titolo sanzionatorio per la *temeritas* della pretesa, quando la stessa sanzione era lasciata all'ira degli dei, certamente non si poteva pensare ad una diversità del *quantum*. Il rischio era in ogni caso e per ciascuna delle due parti identico, ed era collegato all'ambiente religioso in cui il *sacramentum* trovava il suo fondamento e con esso tutto il *ius* antico: era in definitiva il rischio dell'ordalia e della *sacratio* cui si esponeva anche il contendente *iustus* e che, per ciò stesso, per il pericolo corso (*actio periculosa erat*), una volta che questo si fosse rivelato destituito di ogni giustificazione, esigeva vendetta. Trasformatosi l'ambito giudiziario nel senso di una più spiccata laicità, questa vendetta assunse un valore fisso, pecuniariamente valutato, nel quale tuttavia, per la sua fissità concordemente sancita, non era possibile calcolare la diversità del rischio, del *periculum*, e quindi dell'offesa sopportata ai propri diritti.

Da questo punto di vista l'*agere per sponsionem* rappresenta un perfezionamento del meccanismo difensivo-sanzionatorio del *sacramentum*, in quanto permette alle parti (sia pure su suggerimento del magistrato) di stabilire esse stesse la misura della propria sanzione, l'entità fino alla quale ciascuna di loro è disposta a rischiare, tenendo conto anche del comportamento avversario.

6. Dopo quanto si è detto è d'uopo ritornare al testo di Gaio, 4,165.

Va qui rilevato allora come il termine « *edit* », riferito all'attività reciproca dei due contendenti e avente ad oggetto le due *for-*

(37) Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano, Le origini*, Torino 1986, p. 126.

mulae, sponsionis e restipulationis, sembri riproporre il parallelismo con la testimonianza gaiana in tema di azione petitoria:

Gai. 4,93 ... deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere; qua formula ita demum vicimus, si probaverimus rem nostram esse

Quasi a definire in termini ancor più completi il confronto con il processo interdittale *per sponsionem*, il giurista precisa anche in questo caso che la vittoria risulterà subordinata ad un'attività di verifica sostanzialmente *in rem*, analoga a quella che è espressa per il processo interdittale, indicata poco più oltre nel passo 4,166a riferendosi al giudice e, in forma ancora più determinata perché espressa con le parole *si probat* (e *si probaverit*) *ad se pertinere possessionem* riferite al soggetto convenuto, nei passi 4,167 (e rispettivamente 4,168).

A questo punto non mi sembra che possa essere accettata l'integrazione proposta dal Krueger relativamente alle parole non intelleggibili del manoscritto veronese, al paragrafo 4,165, laddove Gaio, dopo aver citato la doppia promessa, e la doppia *editio*, prosegue secondo il Krueger nella forma seguente

Sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur ...

Secondo l'integrazione proposta il giurista testualmente verrebbe a dire che l'attore aggiunge (*subiaccio*, usato transitivamente, nel significato di connessione), ovvero sottopone (*subiaccio*, usato sempre transitivamente, ma col significato di « subordinare, far dipendere ») alla *formula sponsionis* anche l'altro giudizio *de re restituenda vel exhibenda*: ora, una tale interpretazione, se ben l'intendo, proporrebbe di demandare al giudice la valutazione della *sponsio* e di ricollegare subordinatamente ad essa la decisione *de re restituenda vel exhibenda*. A me sembra, invece, anche in rapporto a quanto Gaio dice più oltre a proposito del procedimento da seguirsi nel caso degli interdetti *duplicia*, che il discorso che vuol fare il giurista non riguardi banalmente il rapporto fra la *sponsio* e la richiesta restituzione o esibizione (che era circostanza troppo nota per dover essere specificata: come del resto appare anche laddove si accenna

all'agere per sponsionem relativo alla *condictio*, o, ancora, all'agere in rem per sponsionem), quanto piuttosto alla struttura della *sponsio* ed alle necessità probatorie che ne derivano: come a proposito dell'agere in rem per sponsionem, cioè, il giurista doveva qui dire che la *sponsio* è una *sponsio* condizionata dalle circostanze relative al rapporto sostanziale oggetto dell'ordine interdittale, e che, perciò, l'obbligo di adempiere alla promessa, e correlativamente, il diritto a ricevere in base alla promessa saranno riconosciuti solo nel momento in cui sarà provato il buon diritto (se mi si consente l'espressione) dell'attore.

22

ACTORSPONSIONISFORMULAE SUBICIT

23

ET ALIUD IUDICIUM DE RE RESTITUENDA VEL EXHIBENDA

V'è da rilevare, inoltre, che l'integrazione proposta dal Krueger (e appoggiata anche dallo Studemond) (39), lascia però degli spazi bianchi nella frammentaria lettura dello Studemond stesso.

... ACTORSPONSIONISFORMULAE SUBICIT . . d . . S C S I I I .

... ACTORSPONSIONISFORMULAE SUBICIT

Considerando il seguito del discorso secondo la ricostruzione del rigo 23, *et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda*, su cui non si riscontrano difficoltà di lettura, solleverei qualche perplessità circa la lettura del rigo 22. Si tratta di pure congetture, al momento irrisolvibili meccanicamente dato lo stato del manoscritto veronese, e che, del resto, non influiscono direttamente sul problema che si sta trattando; pertanto mi si consenta di fare soltanto un breve schematico accenno circa i motivi di tali perplessità:

- 1) la ricostruzione Krueger Studemond, come si diceva, non basterebbe a coprire la totalità dell'abrasione, lasciando alcuni spazi bianchi;
- 2) la lettura FORMULAE SUBICIT nel punto corrotto si conviene alla sola prima lettera, F, della meccanica e lacunosa ricostruzione,

(38) È l'edizione G. STUEMOND, Lipsia 1874.

(39) È la recensione KRUEGER - STUEMOND, che leggo nella quinta edizione, di Berlino 1905.

anch'essa del resto alquanto ipotetica, presentando con il seguito una sola assonanza fra la S del SUBICIT e le lettere SC o SI dell'ipotesi di lettura;

3) l'espressione SUBICERE FORMULAE non è espressione gaiana, e, direi, nemmeno dei giuristi romani: ancor meno quando oggetto di tale *subicere* sia un IUDICIUM (= giudizio? formula? decisione?)

4) infine la consonanza logica con la trattazione seguente relativa alla procedura che si apre per inottemperanza ad un interdetto *duplex* farebbe pensare, come logico corollario dell'*edere formulam*, non ad un *subicere* del *iudicium de re restituenda vel exhibenda* alla *formula* stessa, *sponsionis et restipulationis*, ma ad un'accenno al *requirere* del giudice, quale si legge per esempio in

Gai 4,166a ... iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, ((quod)) praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. Cum iudex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarius mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit. Et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur (40).

Si può notare ancora, a questo punto, come le ultime parole sicure del passo corrotto di Gai 4,165, *ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur*, si rapportino perfettamente anche nella forma alla chiusa del paragrafo 4,166a.

(40) Si noti, poi, che secondo la lettura del passo precedente (Gai 4,166: ... *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel stipulationibus iunctis duabus una inter eos sponsio itemque restipulatio una tantum ad eam fit*), la procedura dell'interdetto *duplex*, a seguito della contrazione logica delle due *stipulationes* e delle due *restipulationes*, diventa analoga a quella dell'interdetto *simplex*.

A questo punto le ipotesi di ricostruzione possono essere le più varie (41): allo stato non può essere proposta come probante nessuna lettura che soddisfi le poche tracce di scrittura difficilmente intelleggibili del manoscritto veronese: si può soltanto tentare una ricostruzione che soddisfi la logica del discorso.

7. A mio sommessimo avviso qualche chiarimento circa la valutazione delle affinità fra l'*agere per sponsionem* interdittale e l'*agere per sponsionem* a scopo petitorio si potrebbe forse trarre da una adeguata considerazione del suggerimento gaiano relativo alla distinzione fra *interdicta simplicia* e *interdicta duplicia*. Il nesso è stato per certi aspetti proposto a suo tempo dal Karlowa, dal Cuq dal Naber (42): la loro opinione è rimasta, però, isolata, limitandocisi ora a ripetere sul tema, senza l'opportuno approfondimento, la spie-

(41) Così, per esempio:

... ACTORSPONSIONISF .. d .. SC . SI . II
 ... ACTOR SPONSIONIS summam vicit si probaverit
 ... ACTOR SPONSIONE vicit scilicet si probaverit
 ... ACTOR SPONSIONE vicit ita demum scilicet si probaverit
 ... ACTOR SPONSIONem facit cum condicione
 ... ACTOR SPONSIONem subicit condicioni

poi variamente contratte, come, per esempio, nelle ipotesi seguenti:

... ACTORSPONSIONISF .. d .. SC . SI . II
 ... ACTORSPONSIONISsumasvicit si probaverit
 ... ACTORSPONSIONEvicit scilicet si probaverit
 ... ACTORSPONSIONEvicit ita demum scilicet si probaverit
 ... ACTORSPONSIONemfacit cum condicione
 ... ACTORSPONSIONemsubicit condicioni

Ma, come ripeto, si tratta di pure congetture di ricostruzione.

(42) Così E. CUQ, *Manuel des institutions iuridiques des Romains*, Paris 1917, p. 295 ss.; così O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legis actiones*, Berlin 1872, p. 97 s.; così J. C. NABER, *De in rem actione legitima et per sponsionem*, in *Mélanges Girard*, II, Paris 1912, p. 309 ss. In linea generale questi autori hanno sostenuto che il ruolo dell'*agere per sponsionem* sarebbe derivato dalla situazione che si creava a seguito della tutela interdittale (che dunque verrebbe anche ad individuare cronologicamente le origini della procedura stessa) cui conseguisse la *reivindicatio* duplice sacramentale nella quale la rigorosa parità della posizione delle parti avrebbe potuto determinare il completo sovvertimento delle decisioni magistratuali immediatamente precedenti prese *ex interdicto*. Risultava opportuno a questo punto che l'azione petitoria da *duplex* divenisse *simplex*, conservando il possesso a colui cui fosse già stato riconosciuto prima *ex interdicto* (che avrebbe appunto assunto la posizione di convenuto), e consentendo perciò la *vindicatio* ad una sola

gazione di Gaio appunto, che *simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est*, e che *duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur*.

Se la distinzione che fa Gaio dovesse giustificarsi soltanto in questi termini, così superficialmente intesi, come mera indicazione del ruolo che ciascuna delle parti assumerà nell'eventuale giudizio per inottemperanza, e, quindi, in pratica, del destinatario dell'interdetto, se da tutto ciò non potesse ricavarsi il più profondo reale significato della classificazione, si dovrebbe concludere trattarsi di un'inutile banalità.

E' ben vero che il giurista su quella distinzione fra *interdicta simplicia* e *interdicta duplicia* basa una diversità di procedura: si tratta tuttavia di una giustificazione che non convince poiché la diversità di procedura sembrerebbe concretarsi poi semplicemente in realtà in una duplicazione della *sponsio* e della *restipulatio* reciproca (il che determinerebbe poi solamente la duplicazione della penale per il caso di soccombenza!) (43).

Dopo quanto detto appare chiaro, per quel che riguarda gli interdetti *duplicia*, il particolare significato della reciproca *sponsio* e della reciproca *restipulatio* fra le parti: stante l'uguaglianza della pretesa dei due soggetti in rapporto alla situazione giuridica non risulterebbe sufficiente un'unica *sponsio*, con cui l'uno dei due, dal-

delle parti, quella risultata soccombente in sede interdittale. A questo scopo servi la procedura dell'*agere per sponsionem*, mentre l'interdetto veniva così ad acquistare la funzione di mezzo regolatore della posizione delle parti nella revindica, quale sembrerebbe potersi leggere in Gai. 4,148 nonché in D. 43,17,1,3 di Ulpiano (cfr. M. MARRONE, *op. cit.*, p. 10 nt. 46). F. BOZZA obietta di non poter comprendere perché l'esigenza di conservare il possesso a colui che già l'avesse ottenuto in via interdittale avrebbe dovuto anche comportare un impedimento assoluto ad effettuare la *contravindicatio* e non ritiene sostenibile che « presupposto dell'*a. in rem per sponsionem* fosse stato un precedente processo interdittale ed un possesso non mutabile » (*op. cit.*, p. 603).

Circa l'importanza del problema della « duplicità » o « semplicità » di un rimedio giudiziale si veda C. LEONE, *Appunti sull'actio duplex*, in *Annali Bari* 6 (1943), p. 183 ss.

(43) Considerando, peraltro, il fatto che non di un vero e proprio raddoppio si tratta, dal momento che il *quantum* della *restipulatio* non necessariamente corrisponde al *quantum* della *sponsio*.

l'altro provocato, promettesse una somma di denaro, per esempio SI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI TIBI VIS FACTA SIT (44), e la conseguente *restipulatio*, la cui funzione, intesa a negare la suggerita pretesa avversaria, avrebbe soltanto il valore difensivo-sanzionatorio che si è detto, ma è necessaria una parallela e reciproca *sponsio* del secondo dei due soggetti esprimente la stessa pretesa e un'ulteriore conseguente *restipulatio* avversaria.

Invero con maggiore rilevanza la « duplicità » dell'interdetto è richiamata anche da Ulpiano a proposito dell'interdetto *duplex uti possidetis*; il giurista severiano se ne vale infatti per giustificare certi particolari effetti dell'interdetto stesso:

D. 43,17,1,9 (Ulp. l. 69 *ad ed.*) Quod ait praetor in interdicto: 'nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis', hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet vincere: has vero possessiones non debere proficere palam est.

D. 43,17,3 pr. - 1 (Ulp. l. 169 *ad ed.*) Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego. Hoc interdictum duplex est et hi, quibus competit, et actores et rei sunt.

La conseguenza della « duplicità » dell'interdetto comporta in ultima analisi che il rito deve essere celebrato non relativamente, bensì in forma assoluta; non si richiede cioè se Tizio abbia diritto alla cosa (al possesso) nei confronti di Caio, ma se ne abbia diritto in assoluto, in conformità con le prescrizioni interdittali; ma, per ciò stesso, la medesima indagine diviene necessaria anche in rapporto a Caio; ne consegue che non risulta in pregiudicato la posizione di una sola delle parti nei confronti dell'altra, ma entrambe

(44) Che è, in pratica, l'esempio che fa Gai. 4, 166.

dovranno confrontarsi con la disposizione dell'interdetto. Per cui potrebbe verificarsi il caso, così come ipotizzato da Ulpiano, che possedendo l'uno dei due litiganti *ex iusta causa*, e possedendo l'altro *sine iusta causa* ma non in rapporto all'avversario, ciascuna delle due posizioni debba essere riconosciuta valida conformemente alla prescrizione dell'interdetto e *neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego*. Peraltro in linea teorica potrebbe allora anche verificarsi il caso opposto, che, cioè, nessuna delle due parti possa vantare una posizione giuridica difendibile con l'interdetto, e, invece che risultare ambedue vincitrici, risultino ambedue perdenti.

Ora, come gli interdetti *duplicia*, così anche la *generalis legis actio sacramenti in rem* comportava la pari posizione delle parti, talché non poteva parlarsi di *actor* e di *reus*, ma semplicemente (*cum uterque vindicasset*) di *qui prior vindicaverat* e di *adversarius*. Anche la *legis actio sacramenti in rem* può dunque dirsi *duplex*, e a me sembra che il risultato, la conseguenza di questa « duplicità » non possa non riscontrarsi in conclusione nel tenore stesso della sentenza che ricercava *utrius sacramentum iustum utrius iniustum*.

Pertanto, in linea teorica la stessa situazione di parità che viene sottolineata da Gaio a livello procedurale viene a farsi valere anche a livello decisionale.

Del resto i meccanismi della procedura romana della fase più antica, sia *in rem* che *in personam*, non sono ancora giunti ad elaborare un sistema rituale che sia indirizzato a valutare la posizione giuridica di uno solo dei contendenti, il *reus*, il convenuto, in rapporto al quale soltanto, contro o a favore, pronunciare la sentenza (come farà invece il processo *in personam* più evoluto, e poi, in seguito, il processo formulare sia *in rem* che *in personam*), ma, impegnando i due contendenti con la reciproca sfida al *sacramentum*, a causa del carattere religioso di questo, si obbligano a verificare ambedue le affermazioni giurate, e quindi la eventuale responsabilità di entrambi i litiganti (e la responsabilità del gruppo sociale) di fronte agli dei. Pertanto, in linea teorica, valutandosi la conformità a *iustitia* del *sacramentum* di Tizio così come di quello di Caio, potrebbe accadere che né l'uno né l'altro possa considerarsi *iustum*.

Analoghe considerazioni devono farsi per l'*agere per sponsionem*: anche il tenore di una sentenza a seguito di un *agere per sponsionem* conseguente ad un interdetto dovrebbe essere ugualmente intesa a ricercare *utrius sponsio iusta utrius (restipulatio) iniusta*.

Il Luzzatto, che ha proposto la stessa ipotesi, la giustifica sottolineando come in tal modo l'*agere per sponsionem* rispetto all'*agere sacramentale* venga ad offrire « al giudice un analogo mezzo di intervento ed un'analogia possibilità di giudizio (*utrius sponsio iusta sit*) dandogli modo di prescindere dalla solennità e dal carattere religioso del duplice sacramento e dal deposito della *summa sacramenti* » (45). Io aggiungerei, di più, che la *sponsio* permette di commisurare economicamente la *poena* al rischio e di valutarvi così anche la lesione della fama.

8. Giuoca il suo ruolo a questo punto la sostanziale differenza che viene documentata da Gaio fra l'*agere per sponsionem* (o meglio per *formulam sponsionis*) del procedimento petitorio antico e classico e l'*agere per sponsionem* (46) del rito susseguente a inottemperanza di un ordine interdittale. Per il primo tipo di processo dice Gaio

Gai. 4,94 Non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit,

(45) Cfr. G. I. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 184.

(46) O per *formulam sponsionis*? Tale sarebbe per lo meno la procedura dell'*agere in rem*. Non sono convinta, però, che si risolvesse in uno schema formulare anche l'antico *agere per sponsionem* a seguito di un interdetto. Direi che in questo campo le analogie col procedimento antico sacramentale, più ancora le analogie con il procedimento della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* nella sua applicazione ai debiti derivanti da *sponsio*, e ancora la stessa ammissione che leggiamo in Gaio (e proprio a proposito dell'*agere in rem*, a documentare la resistenza del sistema procedurale antico nell'adattarsi alle nuove esigenze del processo) che *ceterum si apud centumviros agitur, summa sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium CXXV nummum fieri solet propter legem Crepereiam*, stanno a dimostrare, a mio sommo avviso, che le prime proposte di *agere per sponsionem* devono essere avvenute sul terreno del *lege agere* (secondo il rito della *legis actio per sacramentum* prima e della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* poi) anche se facilmente poterono poi essere adattate all'*agere* formulare.

A quel punto diventava opportuno creare accanto all'*agere cum poena* derivante dalla *sponsio*, comportante una condanna che potremmo dire reipersecutoria e, oltre a questa, la condanna a pagare la penale promessa, un *agere sine poena*, cioè quella *formula arbitraria*, quell'*actio in factum* con clausola restitutiva, da cui poteva derivare la sola condanna nel *quantum ea res fuit*.

ut per eam de re iudicetur. Unde etiam is cum quo agitur non restipulatur (47).

Diversamente per il procedimento postinterdittale *per sponsionem* Gaio ripete più volte trattarsi di un procedimento *cum poena* o *cum periculo* contrapponendolo a quello *sine periculo* o *sine poena* dell'agere per *formulam arbitrariam* (48): la *poena*, o *periculum*, consiste appunto nell'obbligo di rispondere anche della *summa stipulationis*, oltre che della restituzione o esibizione del bene e dei frutti eventualmente percetti nel frattempo:

Gai. 4,167 - 168 Ergo is qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summas poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur; et hoc amplius fructus, quos intera percepit, reddit. Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. 168 Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summas poenae nomine debet.

9. Da quanto detto si può trarre, a conclusione, l'ipotesi di una linea di sviluppo del rito *per sponsionem* in tutte le sue manifestazioni maggiori.

Taluni aspetti dello stesso, e principalmente l'uso di un istituto obbligatorio qual'è la *sponsio*, ne fanno fenomeno antichissimo, mentre certune affinità col rito *per sacramentum* inducono a ritenere che possa essersi originato nel periodo delle *legis actiones*, forse in relazione col sorgere della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, che l'avrebbe ispirato.

D'altra parte mi sembra che non possa non sostenersi che anche il fenomeno interdittale deve avere avuto antichissima espres-

(47) Si noti, se ancora occorresse a dimostrazione di quanto detto in precedenza, che il *restipulari* è qui posto in strettissima correlazione con il carattere penale (sanzionatorio) della *sponsio*.

(48) Cfr. Gai. 4,141 e ancora 4,162, 4,163, 4,165.

sione (49), se non nella sua definizione concettuale e nella sua collocazione sistematica, per lo meno senz'altro come manifestazione di autorità del magistrato supremo (non necessariamente in origine il pretore), come unico mezzo di intervento per definire i termini di certe liti particolarmente coinvolgenti e tutelare così la sicurezza sociale.

La procedura dell'*agere per sponsionem* dovrebbe essere stata creata proprio in relazione a questi interventi, che ancora non avevano assunto la consapevolezza e la configurazione tecnica esteriore di interdetti, per la insostituibile funzione a livello pubblicistico e di stabilizzazione sociale da essi svolta in un mondo che si reggeva *sine lege certa, sine iure certo* (50): proprio, in ultima analisi, per dare concretezza di tutela all'autorità in essi espressa.

A me sembra che si possa anche ritenere che la prima applicazione di un *agere per sponsionem* si sia verificata sul terreno della procedura interdittale a seguito di inottemperanza ad un interdetto proibitorio (chè gli *interdicta prohibitoria* sono comunemente considerati i più antichi, e per essi la procedura *per sponsionem* rimase anche in seguito l'unica possibile), mutuando dalle forme del *lege agere* sacramentale e *per postulationem iudicis arbitrive* quanto potesse meglio servire a dare tutela alle parti e a reprimere e prevenire eventuali ulteriori tentativi di disobbedienza all'ordine magistratuale per il futuro. A scopo sanzionatorio e preventivo si derivava dal *sacramentum* della *legis actio* relativa il carattere penale della *sponsio*, nonché certe caratteristiche del rito esteriore, senza lasciarsi irretire dagli svantaggi che il rito stesso comportava. Al contempo, al fine di facilitare ai privati la tutela di certe situazioni, si mutuavano dalla più recente *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* i termini stessi della procedura così come veniva espletata in una delle sue principali (nel senso di più frequenti) applicazioni (che era appunto quella dei debiti derivanti da *sponsio*): ciò in considerazione del fatto che la *sponsio* era istituto antichissimo, che per la sua accessorietà poteva essere usato a rafforzare una preesistente situazione, *in rem* o *in personam*, e che per la sua astrattezza poteva essere impiegata ad adattarsi a qualsiasi rapporto

(49) Cfr. anche G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di interdicta*, in *Annali Palermo* 40 (1988), p. 178 ss.

(50) D. 1,2,2,1 (Pomp. *l.s. enchiridii*).

precedente (*in personam*, ma, perché no, anche *in rem*; di diritto o anche, perché no, di fatto), e finanche a novare un rapporto *inutilis* (Gai. 3,176).

Nel caso di specie la situazione da tutelare era una situazione di fatto, in quanto la tutela era indirizzata al mantenimento dello *status quo* (51), e, pur se, comportando in pratica un generale obbligo di astensione, la possiamo dire paragonabile ad una situazione di diritto *in rem*, tuttavia difficilmente avrebbe potuto tradursi in una precisa pretesa di diritto (come dimostrano le difficoltà di individuazione dell'*intentio* della *formula arbitraria*), se non fosse trasformata, e, direi, trasformata *in factum*. Analogo discorso può essere fatto per gli interdetti restitutori ed esibitori. In ogni caso la *sponsio* garantisce e rafforza l'intoccabilità della situazione da tutelare; ma la *sponsio* la trasforma anche da rapporto di fatto, e pertanto non azionabile, in relazione giuridica suscettibile di tutela giudiziale; la *sponsio*, infine, subordina quella promessa tutela al verificarsi, come condizione, di un evento di turbativa alla situazione stessa che si vuole tutelata.

Si deve anche rilevare che la procedura *per sponsionem* consente alla discrezionalità del magistrato un'ampia possibilità di estrinsecazione.

Si noti infatti che l'evento dedotto a « condizione » della promessa somma di danaro viene nelle fonti considerato al positivo o al negativo a seconda della persona cui la richiesta di impegnarsi è rivolta: talché se in Gai. 4,165 il tenore della *sponsio* sembra essere SI CONTRA EDICTUM PRAETORIS NON EXHIBUERIS AUT NON RESTITUERIS X SESTERTIUM DARE SPONDES?, così espressa da parte di quello stesso che presumibilmente ha presentato la stessa *postulatio interdicti* per il caso di un *interdictum exhibitorium* o *restitutorium*; se in Gai. 4,166 il tenore della *sponsio* sembrerebbe SI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI MIHI VIS FACTA SIT, anche in questo caso su richiesta di chi avesse fatto la *postulatio interdicti* in rapporto ad un interdetto proibitorio; in Cicerone, *pro Caec.* 16,45, e relativamente, come sembra, allo stesso interdetto, il tenore della *sponsio*, NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI SIBI VIS FACTA ESSET, dimostra chiaramente come, per adattarsi al caso (in cui Ebuizio ave-

(51) Cfr. *supra*, nt. 1.

va affermato di aver restituito), la richiesta di promessa proviene proprio da colui che sembrerebbe essere stato il meno interessato all'emanazione dell'interdetto (Cic., *pro Caec.* 8,23) (52).

E in fin dei conti è lecito chiedersi: di che *sponsio* si tratta? quale n'è l'esatto tenore letterale? Si noti, infatti, che nella descrizione dell'episodio il richiamo alla *sponsio* non segue immediatamente la menzione della decisione pretoria di concedere l'interdetto *de vi armata*, ma viene immediatamente preceduto dalla frase « *restituisse se dixit* »: a cosa dunque va riferito il seguito « *sponsio facta est, hac de sponsione vobis iudicandum est* »? E poiché la formula riportata da Cicerone (il NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI ... VIS FACTA ESSET), e comunque a noi anche altrimenti nota, non fa assolutamente parola della possibilità di un'avvenuta restituzione, mentre d'altra parte Cicerone vi spende di eloquenti parole, è logico pensare che la formula stessa dovesse essere di volta in volta integrata con la riproduzione delle circostanze del caso. Si legga

Cic. *pro Caec.* 28,80 Aebutius autem qui fatetur aliquo ex loco deiectum esse Caecinam, is quoniam se restituisse dixit, necesse est male fecerit sponsionem.

Il *male facere* relativo alla recitata *sponsio*, il perdere in rapporto alla *sponsio* stessa, come si dice in altri luoghi, sembra venir direttamente collegato alla prova della non corrispondenza al vero dell'affermazione circa la *restitutio*: come potrebbe essere ciò, se della *restitutio* avvenuta non si fosse fatta parola nel tenore dell'accordo?

Si deve rilevare ancora quanto testimoniato sempre da Cicerone, *pro Quinct.* 8,30: la *sponsio*, la promessa SI BONA MEA EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT, è imposta autoritativamente su decisione di Dolabella a colui che più dovrebbe dolersi dell'intervento magistratuale: lo sdegno di Cicerone (*quam aequum nihil dico, unum hoc dico, novum*), ha appena il suono di un commento di parte, e non basta a convincere del fatto rivoluzionario di un simile intervento magistra-

(52) Cic., *pro Caec.* 8,23 *His rebus gestis P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis sine ulla exceptione, tantum ut unde deiecisset restitueret. Restituisse se dixit. Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis iudicandum est.* Si veda anche *supra*, §. 4.

tuale, che altrove è soltanto qualificato come contrario alla consuetudine ed alla prassi giurisprudenziale per quel caso concreto. Ciò non toglie, dunque, che una prassi diversa potesse esistere per gli altri casi (53).

L'astutezza della procedura, la duttilità della stessa, nonché, non ultimo, io credo, anche il fatto di veder consentito in tal modo un ampio intervento della discrezionalità magistratuale, sono tutti fattori che devono aver giuocato un ruolo non lieve nel fenomeno di creazione dell'*agere per sponsionem* a seguito di disobbedienza agli ordini del magistrato, nonché in seguito nello adattamento dell'*agere per sponsionem* interdittale all'*agere in rem*, dapprima presumibilmente in alternativa col rito sacramentale *in rem*, e poi decisamente in sostituzione di quello.

Ma un'argomentazione decisiva all'ampliarsi in questo senso della funzione di tutela dell'*agere per sponsionem* dovrebbe essere stata rappresentata dalla considerazione che l'impegno probatorio cui erano chiamate le parti, attore e convenuto, in un procedimento *per sponsionem* a seguito di un interdetto era sì l'essersi o meno verificato di un comportamento valutato in rapporto all'interdetto, ma anche, fondamentale, la legittimità della relazione esistente fra l'individuo e la *res*: e se nel caso tale relazione si configura come relazione di possesso, nulla esclude che talora possa riconoscersi in tal modo una relazione diversa, tanto più che, come ammaestra Quintiliano,

Quotiens tamen poterimus, efficiendum est ut de re quoque iudex bene sentiat: sic enim iuri nostro libentius indulgebis, ut in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiam si non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedissemus nos, sed etiam nostrum possedissemus docere oportebit (Quint. 7,5,3).

(53) Anche il KARLOWA (*op. cit.*, p. 44 s.), ritenendo che l'*actio in rem per sponsionem* debba classificarsi come *iurgium*, anziché come *lis*, dipendente esclusivamente dalla *iurisdictio* del magistrato, riferisce a quest'ultimo la definizione di volta in volta del tenore della *sponsio*, nonché dell'ammontare della *summa sponsionis*; in questo senso anche G. SCHERILLO (*op. cit.*, p. 45) ritiene che la *formula sponsionis* dovesse adattarsi caso per caso, se, sulla base della *lex Rubria* (19,1,3), riconosce che, per esempio, «così nell'interdetto come nel conseguente giudizio *ex interdicto* poteva inserirsi l'eccezione *QUA DE RE OPERIS NUNTIATIONEM IIVIR IIIIVIR PRAEFECTUSVE EIUS MUNICIPII NON REMEISSERIT* ».